

El cohecho aparente, inciso segundo del artículo 406 del Código Penal

Análisis de caso, sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el año 2009, radicado 23924, M.P: Jorge Luis Quintero Milanés.

Por: Héctor Alexander Londoño Ruiz

Trabajo de Grado para optar el título de Magister en Derecho Penal

Asesor: Juan Carlos Álvarez Álvarez

2018

Índice

1. Introducción

2. Definición del cohecho impropio aparente, inciso segundo del artículo 406 C.P. Diferencias con otros tipos penales.

3. La sentencia objeto de análisis: hechos relevantes del caso

4. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia

4.1. Consideraciones legales:

4.2. Consideraciones doctrinarias:

5. Estructura del tipo penal

5.1. Bien jurídico

5.2. Sujeto activo

5.3. Sujeto pasivo

5.4. Conducta

5.4.1. Modo de realización

5.4.2. Momento consumativo

5.5. Coetaneidad

5.6. Objeto material del delito

5.7. Tipo subjetivo

6. Solución del caso

7. Comparación con jurisprudencia

8. Toma de postura

9. Bibliografía

1. Introducción

Debido a los diferentes escándalos de corrupción que han ocurrido en nuestro país en los últimos tiempos¹, se han planteado diversas cuestiones frente a la reacción que debe tener el derecho penal respecto a esta problemática, lo que necesariamente lleva al análisis del tipo penal denominado cohecho, como aquel delito en el que se tipifican los hechos representativos o paradigmáticos de la corrupción, como “respuesta penal ante conductas de los servidores públicos que se apartan del ejercicio correcto de las funciones que como tales tienen encomendadas, haciendo interferir intereses privados propios o de terceros incompatibles con o, al menos, distorsionadores de los intereses públicos a que se orientan aquellas funciones”. (Díaz y García-Conlledo citado por Cardoso, 2016, pág. 2).

El delito de cohecho puede concretarse de diferentes formas y adquirir elementos diversos; por lo tanto, el legislador ha optado por consagrar tres tipos penales de manera autónoma, que para el caso colombiano se encuentran en el título dedicado a los delitos contra la administración pública, en su capítulo tercero, en los artículos 405, 406 y 407 de la Ley 599 del 2000, los cuales corresponden a la figura del cohecho propio, cohecho impropio, que incluye el cohecho propio o aparente, y cohecho por dar y ofrecer, respectivamente.

El análisis de estos tipos penales debe partir del entendimiento del bien jurídico que se busca proteger con la punición de estas conductas, sin este presupuesto cualquier estudio sobre una figura delictiva resultaría incompleta e incluso ininteligible, dado que es el bien

¹ Muestra de esto es el caso de la multinacional Odebrecht, que entregó coimas por más de 100 mil millones de pesos a las autoridades públicas colombianas para incidir en los procesos de licitación, con el objetivo de que los contratos fueran adjudicados a esta empresa. Fuente: www.elespectador.com/noticias/judicial/sobornos-de-odebrecht-llegaron-los-100-mil-millones-en-colombia-articulo.

Otro caso importante de corrupción fue el del “carrusel de la contratación” en Bogotá, donde se vieron implicados principalmente el Grupo Nule y varias autoridades públicas, el primero se obligaba a entregar sobornos de gran envergadura a funcionarios de la alcaldía, delegados de la contraloría, senadores, entre otros, con el fin de que los contratos de obras públicas en Bogotá fueran adjudicados a este grupo empresarial, de tal modo que se desconociera la normatividad sobre la contratación estatal. Fuente: www.semana.com/nacion/articulo/asi-carrusel/234446-3.

Finalmente, otro de los casos de corrupción más conocidos es el del escándalo de Agro Ingreso Seguro, programa que se encontraba liderado por el exministro de agricultura Andrés Felipe Arias, en este caso se celebraron contratos de forma irregular con el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, y se entregaron subsidios de gran magnitud económica a grandes hacendados y empresarios, los cuales debían ser destinados para el desarrollo del sector agrícola, principalmente para las familias de bajos recursos que desarrollan dicha actividad. Fuente: www.semana.com/nacion/articulo/andres-felipe-arias-es-culpable-por-agro-ingreso-seguro/394150-3

jurídico el que determina las finalidades, alcances y límites de estos tipos penales, si el legislador ha considerado que a través de estos delitos se busca proteger el valor social de la administración pública, deviene relevante esclarecer desde un principio el significado de esta regulación porque será este el parámetro a considerar en el momento de estudiar los diferentes elementos estructurales del delito objeto de estudio.

Una primera aclaración deviene del concepto de administración pública, si se parte de un entendimiento literal del título XV del Código Penal podría afirmarse que sólo son objeto de reproche penal aquellas conductas que se realicen en el ámbito de la rama ejecutiva del poder público; no obstante, dicha afirmación resulta incorrecta, debido a que de la lectura de los diferentes delitos consagrados bajo el título de la administración pública, se concluye que estas conductas pueden ser realizadas por servidores públicos pertenecientes a cualquiera de las tres ramas del poder público, es más, el ámbito de protección no se agota allí, porque estas acciones también pueden cometerse por agentes pertenecientes a los órganos de control o electorales², al Ministerio Público³, e incluso puede bastar con la condición de que se trate de una autoridad pública, como ocurriría con el delito de perturbación de actos oficiales⁴. (Arrubla 2005).

Partiendo de esta aclaración, se puede brindar una definición preliminar del contenido material del bien jurídico protegido por las diferentes modalidades de cohecho, señalando que el mismo se refiere al correcto funcionamiento de la administración, lo que a su turno se concreta en la objetividad e imparcialidad en las actuaciones de quienes ejercen funciones públicas.

Como ya se anticipó, el objeto de este trabajo se centra en el análisis del denominado cohecho impropio, en su modalidad de aparente, tipificado en el inciso segundo del artículo 406 del Código Penal, para lo cual se tomará como referencia la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el año 2009, bajo radicado 23924, M.P: Jorge Luis Quintero Milanés, realizando un especial énfasis en el elemento de la coetaneidad.

² Por ejemplo, el artículo 422 del Código Penal relativo a la intervención en política de los servidores públicos.

³ Véase el artículo 421 del Código Penal, que tipifica la conducta de abuso de autoridad por asesoramiento ilegal.

⁴ Artículo 430 del Código Penal.

2. Definición del cohecho impropio aparente, inciso segundo del artículo 406 C.P. Diferencias con otros tipos penales.

Dado que el cohecho puede confundirse con otros tipos penales contra la administración pública, bien sea porque la forma en que se encuentran redactados, puede llevar a confusión, o por la complejidad que puede llegar a darse en el ámbito probatorio para dar por acreditado uno u otro, se procederá a hacer la conceptualización de las diferentes modalidades en que puede darse este delito y a establecer las diferencias con otras conductas delictivas:

Cohecho Propio: se encuentra tipificado en el artículo 405 del C.P así,

El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

De esta tipificación se puede concluir que para su configuración es necesario que el servidor público para beneficio propio o de otro, realice las siguientes conductas:

1. Conducta típica: Es un tipo penal de conducta alternativa, consistente en: *recibir* (dinero u otra utilidad) o *aceptar* promesa remuneratoria de manera directa o indirecta.

2. Finalidad: La conducta está acompañada de un elemento subjetivo especial referido a:

- Retardar un acto propio de las funciones que desempeña u omitir su realización.
- Realizar uno contrario al que le imponen los deberes de su cargo.

Puede colegirse que el pago debe ser previo al acto indebido, sea este retardar u omitir uno que debía hacerse o realizar uno contrario a la ley. Así mismo, es dable inferir que se trata de un delito de mera conducta, por lo que resulta irrelevante si efectivamente se

concretó la finalidad con la cual se recibió la dádiva o aceptó la promesa remuneratoria. Además, no es indispensable para su configuración que haya favorecido al particular. Al respecto afirman Gómez Méndez y Gómez Pavajeau que:

No es tampoco indispensable la obtención efectiva de provecho. Comete por tanto delito de cohecho el servidor público que recibe del particular un título de contenido crediticio que al ser presentado es devuelto por falta o insuficiencia de fondos. (2004, pág. 278)

Menciona la doctrina otra serie de elementos necesarios para la configuración de este tipo penal, como lo son la relación que debe existir entre la dádiva o promesa remuneratoria y el acto indebido, en el entendido de que la recepción o aceptación debe darse con una de las finalidades mencionadas precedentemente. Molina Arrubla (2005) sostiene que no basta para su configuración que el funcionario público haya recibido la retribución, pues es necesaria la existencia de un acuerdo previo sobre la contraprestación ilegal que este se comprometía a realizar a cambio de lo recibido, dado que, si los actos indebidos son realizados sin este acuerdo, se estaría en presencia de otra conducta típica como podría ser el abuso de autoridad (art. 416 código penal)

En el mismo sentido, se señala como elemento del cohecho propio la competencia que debe tener el servidor público al momento de realizar esta conducta típica, sea la omisión, el retardo o la efectiva realización de un acto contrario a sus funciones. Al respecto se ha precisado lo siguiente:

No se trata de competencia en sentido estricto, sino de la competencia de manera general, Así, por ejemplo, si un juez del circuito que ocasionalmente tiene en su despacho un negocio de competencia del tribunal o de un juez superior recibe dinero para la ejecución de un acto contrario a sus deberes oficiales, comete delito de cohecho, aun cuando en sentido estricto no tiene la competencia para conocer del caso. No comete delito de cohecho, en cambio, el alcalde municipal que recibe dinero para la liberación de un detenido que se encuentra por cuenta de un juez, por cuanto no compete a la autoridad administrativa una decisión de tipo jurisdiccional. (Gómez Méndez & Gómez Pavajeau, 2004, Pág. 280)

Lo anterior, permite concluir que el delito de cohecho propio se consuma cuando un servidor público recibe o acepta para sí o para un tercero, según el caso, dinero, utilidad o promesa remuneratoria, teniendo como finalidad, y mediando acuerdo previo, la ejecución de una acción ilegal que puede consistir en: retardar u omitir un acto propio de su cargo o realizar uno contrario a sus deberes, sobre la cual tenga competencia general; es decir, que efectivamente pueda realizar la acción u omisión, sin que por ello sea necesario que se concrete dicha finalidad, ni que exista un verdadero provecho o beneficio por parte del servidor que lo realiza, pues basta con la mera aceptación o recepción para que se consume el delito.

Cohecho impropio: regulado en el artículo 406 del C.P en los siguientes términos:

El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento veintiséis (126) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Esta modalidad también requiere que el servidor público realice en beneficio propio o de otro, directa o indirectamente las siguientes acciones:

1. **Conducta típica:** A diferencia del anterior, la conducta típica es una sola, a saber, *aceptar* (dádiva o promesa remuneratoria).
2. **Finalidad:** ejecutar un acto propio de las funciones de su cargo.

A diferencia de la anterior clasificación, el cohecho impropio no implica realizar un acto contrario a las funciones del cargo, ni tampoco busca retrasar u omitir una actuación, por el contrario, pretende incentivar al servidor público para que realice la actuación que conforme a la ley de todas formas le corresponde ejecutar en el desempeño de sus funciones. Al respecto Gómez Méndez y Gómez Pavajeau han expresado:

[...] el servidor público se limita a recibir dinero por el cumplimiento de su deber. Como es evidente es un delito de menor entidad, por cuanto el servidor público simplemente recibe dinero “adicional” por el cumplimiento de su deber. (2004, Pág. 284)

En este supuesto la finalidad que se persigue no es contraria a lo que ordena la ley en relación con el ejercicio del cargo, pues se pretende “agilizar el proferimiento del acto debido, por lo que la doctrina se refiere al *pactum sceleris* o, en otro sentido, gratificar indebidamente al servidor público por lo que hizo, está haciendo o habrá de hacer” (Molina, 2005, Pág. 275). Esta modalidad de cohecho se dirige recompensar al servidor público por un acto que debe hacer como obligación propia del cargo en el que se desempeña, con independencia de que se entregue la dádiva o recompensa, ello por cuanto recuérdese que la conducta típica consiste en *acceptar*.

Cabe preguntarse, ¿por qué un acto conforme a los deberes propios de las funciones que desempeña el servidor público es punible? La respuesta implica necesariamente recordar que los delitos contra la administración pública buscan proteger su correcto funcionamiento, en este tipo en concreto, la imparcialidad y objetividad que se habrá lesionado en el mismo momento en que en la actuación del servidor público se incorporan intereses particulares -económicos o de otra índole- y en todo caso, ajeno al interés público. Es importante aclarar que:

Esta postura no debe confundirse con la mera tutela de deberes de imparcialidad del funcionario, pues, además de mediar el correcto funcionamiento de la Administración pública como criterio esencial de la definición de todo delito contra la Administración pública, es necesario entender que lo tutelado no es la imparcialidad como deber, sino como la confianza que en la misma tienen los ciudadanos, única forma de solucionar la problemática de solucionar aspectos (sic) como la lesividad de delitos como el cohecho para la consecución de un acto no prohibido legalmente [...] (Lombana, 2013, pág. 237)

Así mismo, es menester resaltar que su punición también se debe al reproche que merece que se obtenga un beneficio o provecho adicional por la realización de un acto que debía ejecutarse sin que mediara recompensa económica, con ello se afecta “la administración

pública no por ejecutar acciones ilegales, sino porque habitualmente el Estado le paga sueldo por el cumplimiento de sus funciones, y por ende cualquier otra prestación que reciba por el mismo concepto por parte de los particulares es evidentemente ilícita”.(Gómez Méndez & Gómez Pavajeau, 2004, pág. 284)

Cohecho por dar u ofrecer o cohecho activo: consagrado en el artículo 407 del C.P, así,

El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Incurrir en este tipo penal quienes para la obtención de las finalidades explicadas en las anteriores modalidades de cohecho -a saber, retardar u omitir un acto legal propio de las funciones del cargo que desempeña, ejecutar una actuación ilegal por ser contraria a los deberes oficiales, o realizar un acto legal conforme al cargo desempeñado por parte de un servidor público- den u ofrezcan alguna utilidad o dinero. Se puede colegir que no es necesario que el funcionario reciba o acepte la mencionada dádiva, allí radica su unilateralidad, en tanto basta con la oferta para su consumación, “[...]se trata de un tipo penal instantáneo que se configura con el ofrecimiento ilegal que el particular hace al servidor público, independientemente de que éste acepte o no la oferta”. (Gómez Méndez & Gómez Pavajeau, 2004, pág. 288)

Frente a este último supuesto, en el que el servidor público no acepta la dádiva o utilidad, se logró evidenciar que hay posiciones doctrinarias contrarias, por un lado algunos sostienen que se configura el cohecho por dar u ofrecer, en tanto es un delito de peligro y de consumación instantánea, que no admite tentativa ya que su configuración se da con la realización de cualquiera de las acciones que contempla el tipo, a saber, dar u ofrecer⁵. Por otra parte, otro sector de la doctrina sostiene que en ese supuesto de no aceptación se configura la tentativa en los términos del artículo 27 del Código Penal, dado que el código

⁵ Sostienen esta postura Gómez Méndez & Gómez Pavajeau, 2004, pág. 288.

no reguló expresamente la propuesta no aceptada, y a su consideración cuando el Código menciona en el artículo 407 “los casos previstos en los dos artículos anteriores están partiendo del supuesto de que el servidor aceptó la dádiva o utilidad”. (Molina, 2005, pág. 294)

Cohecho aparente: esta modalidad de cohecho impropio se encuentra tipificada en el inciso 2 del artículo 406 C.P:

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de cuarenta (40) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

Exige para su configuración que el servidor público:

1. Conducta típica: *recibir* una dádiva de una persona con interés en un asunto sometido a conocimiento del servidor público.

No se requiere por tanto la existencia de un acuerdo previo entre las partes, ni una finalidad concreta, basta con que el asunto sometido a conocimiento por parte del servidor público esté pendiente de decisión; es decir, que tenga competencia o capacidad legal para ejecutar acciones que de alguna manera puedan influenciar sobre la resolución del asunto pendiente o la tramitación del mismo conforme a la necesidad de quien tiene interés. Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, han planteado frente al alcance de la expresión “sometido a su conocimiento”, lo siguiente:

Se requiere que el particular tenga algún asunto cuya decisión dependa de la conducta del empleado a quien le envía el “regalo”. No significa que el asunto debe estar materialmente en “manos” del servidor público, pues tal aspecto debe ser entendido en términos jurídico-valorativos. En este orden de ideas no cometen delitos los empleados que en el mes de diciembre reciben regalos por parte de los departamentos de “relaciones públicas” de las empresas si los “donantes” no tienen algún asunto que deba ser decidido por el funcionario. (2004, Pág.292)

De lo anterior, se tiene que se configura el delito de cohecho aparente cuando el servidor público recibe una dádiva de una persona que tiene interés en un asunto que este tenga bajo su conocimiento actual; es decir, que esté pendiente de decisión y el servidor tiene la capacidad legal de incidir en su resolución. Es objeto de reproche penal dicho comportamiento, pues lleva un lenguaje implícito de favorecimiento injustificado, o de corrupción si se quiere, dado que compromete la imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública, pues aunque no medie acuerdo previo en relación con una finalidad específica, se entiende que se está estimulando determinado comportamiento por parte del servidor público.

Cohecho Subsiguiente: aunque esta clase de cohecho no se encuentra tipificada expresamente en nuestro ordenamiento, se hace necesario hacer referencia a su conceptualización, dado que la sentencia en la cual se fundamenta el objeto del presente trabajo hace alusión a esta modalidad. Este tipo penal se diferencia de las modalidades de cohecho ya explicadas, en tanto que no requiere de un acuerdo o acto previo, sino posterior, la dádiva o promesa remuneratoria se da con posterioridad al acto esperado, sea este haber efectuado un acto contrario a los deberes inherentes al cargo, omitir o retrasar el que tenía que ser realizado, o ejecutar uno conforme al desempeño de sus funciones, con ello se pretende recompensar al servidor público por la decisión adoptada.

Diversos ordenamientos jurídicos han acogido la tipificación de este supuesto, el Código Penal español es un claro ejemplo⁶; sin embargo, son muchas las críticas que giran en torno a este, entre otras cosas, por lo complejo que resulta evaluar la lesión al bien jurídico protegido, en ese sentido afirma Jaime Lombana Villalba, parafraseando a Polaino Navarrete que:

Este delito ha sido muy criticado por la doctrina por las siguientes razones: sanciona una conducta ex post a su comisión, establece efectos retroactivos desfavorables en base a una especie de *dolus subsequens* incompatible con el principio de responsabilidad subjetiva, podría sancionar doblemente conductas ya tipificadas a través de los arts. 419 y 420 del CP, afecta el principio de legalidad

⁶ Ley Orgánica 10/1995 “Artículo 421. Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos”.

al incriminar a través de una cláusula general de remisión a estos delitos y sanciona un ataque ficticio o presunto frente al bien jurídico.(2013, Pág.435)

En la sentencia materia de estudio la Fiscalía sostiene en la acusación que dentro de la modalidad de cohecho aparente se encuentran recogidos dos supuestos, el primero consiste en que el asunto sobre el que se tiene interés está pendiente de decisión por parte del servidor público, por lo que la dádiva se da previamente y estimula la decisión futura; mientras que el segundo supone que el asunto estuvo sometido a su consideración y por tanto, con el obsequio se pretende compensar la decisión que se esperaba. Es en el segundo supuesto en el que la Fiscalía sustenta la comisión del delito de cohecho aparente por parte de Justo Pastor Rodríguez Herrera.

Dado lo anterior, resulta de especial trascendencia tener claridad frente a los elementos y las características que revisten cada una de las clases de cohecho para realizar una correcta adecuación típica, así como su diferenciación con otras conductas delictivas como:

Prevaricato por acción: esta forma de delito contra la administración pública se encuentra regulada en el artículo 413 del C.P, así:

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Este tipo penal es definido por la doctrina como:

Una violación al principio de legalidad, entendido como la necesidad de que todos los actos de los empleados oficiales en el ejercicio de sus funciones correspondan a las normas jurídicas que regulan la expedición de ese acto. (Gómez Méndez & Gómez Pavajeau, 2004, Pág. 434)

Se puede observar como primera diferencia, que este es un delito de resultado, en tanto requiere para su configuración la efectiva emisión de un acto contrario al ordenamiento,

en este punto radica la segunda diferencia, puesto que en el delito de cohecho aparente el servidor público actúa conforme a derecho, no es un acto ilegal, y la tercer diferencia que se logra extraer es que en este tipo el objeto material real no es el dinero u otra utilidad, como sí lo es en el cohecho, en este tipo penal es la resolución, dictamen o concepto. Es por ello que, en el caso desarrollado en la sentencia, la Fiscalía se vio en la necesidad de cambiar la imputación realizada inicialmente por no ser ilegal la resolución que ordenó el cambio de Fiscal en el asunto seguido en contra de Jesús Guerrero Hernández.

Tráfico de influencias: se encuentra tipificado en el artículo 411 del C.P, así:

El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Este ha sido uno de los tipos penales contra la administración pública que ha tenido mayores modificaciones en la actual normatividad, bajo la cual puede entenderse que consiste en:

Utilizar indebidamente las influencias derivadas del cargo o función pública que se ejerce [...]Lo indebido, como elemento normativo del tipo, es aquello que no está conforme con los parámetros de conducta de los servidores públicos diseñados por la Constitución, la ley o los reglamentos a través de regulaciones concretas o los que imponen los principios que gobiernan la Administración Pública [...] no se exige que se obtenga ni medianamente algún éxito en la gestión. (Gómez Méndez & Gómez Pavajeau, 2004, Pág. 380)

Se pueden extraer varias diferencias en relación con el cohecho aparente, en primer lugar, aunque en ambos se requiere que el servidor público tenga sometido a su conocimiento el asunto, en el cohecho se exige que exista una remuneración, que se reciba dinero u otra

utilidad, además que haya un interés por parte de quien hace la oferta. La doctrina ha entendido que con este tipo en concreto podría darse un concurso aparente de delitos, puesto que, “si el acto a cargo del sujeto pasivo, del cual derivaría el beneficio, es constitutivo de un delito, de realizarse convertiría al traficante de influencias en determinador de concusión, cohecho, prevaricato, celebración indebida de contratos, etc.”. (Gómez Méndez & Gómez Pavajeau, 2004, pág. 381) Sin embargo, es menester aclarar que se refiere al cohecho propio, ya que en el impropio y el aparente no es posible sostener el concurso de delitos, en el primer supuesto porque el acto realizado es conforme a derecho y en el segundo, porque la conducta *per se* no contraría la ley. Al respecto se menciona que:

No es posible el concurso de hechos punibles, pues si el acto es legal no surge un nuevo hecho punible si el servidor público, por ejemplo, recibido el dinero o aceptada la promesa, “cumple” lo prometido mediante la expedición del acto jurídicamente perfecto. (Gómez Méndez & Gómez Pavajeau, 2004, Pág. 284)

3. La sentencia objeto de análisis: hechos relevantes del caso

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resuelve el proceso adelantado en contra del señor Justo Pastor Rodríguez Herrera, ex Director Nacional de Fiscalías, por el delito de cohecho impropio, tipificado en el inciso segundo del artículo 406 de la Ley 599 del 2000. Los hechos relevantes para el entendimiento del caso son los siguientes:

En enero de 2003, el señor Jesús Guerrero fue vinculado mediante indagatoria a un proceso penal, posteriormente se dictó resolución de acusación por los delitos de fraude procesal, falsedad en documento público y estafa. Al mismo tiempo, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva y se ordenó la captura del procesado.

En mayo del mismo año, el Director Nacional de Fiscalías, señor Justo Pastor Rodríguez Herrera, a través de una Resolución facultó al Director Nacional de Fiscalías de Bogotá para que relevara al fiscal encargado de adelantar el caso en contra de Jesús Guerrero; en consecuencia, dicho proceso fue asumido por el Fiscal 298 de la Unidad de Delitos contra la Administración pública. Esta Fiscal en el mes de junio, al momento de decidir un

recurso de reposición, decidió decretar la nulidad de lo actuado a partir del cierre de investigación y al mismo tiempo, ordenó cancelar la orden de captura que pesaba en contra de Jesús Guerrero. Cabe aclarar que este proceso penal no terminó con estas decisiones, sino que el 23 de febrero de 2004 se decretó la prescripción de los delitos investigados, decisión que fue parcialmente revocada en segunda instancia; por tal motivo, el Fiscal 298 continuó con el proceso, para finalmente, el 2 de marzo de 2005, precluir la investigación, por no haberse probado la responsabilidad del señor Jesús Guerrero frente al delito de fraude procesal.

Paralelamente, el señor Justo Pastor Rodríguez estaba siendo objeto de críticas por la supuesta realización de actuaciones irregulares en su cargo, hecho que resultó agravado debido a que el 9 de febrero de 2004 fue víctima del hurto de su maletín, en donde llevaba 18 millones de pesos colombianos, 3.500 dólares US y un reloj Rolex, esta situación generó un escándalo en la opinión pública, porque frente a este reloj se confirmaría posteriormente que había sido obsequiado por parte del señor Jesús Guerrero Hernández, mismo que había resultado beneficiado por la variación de la asignación del Fiscal de su caso a causa de la decisión tomada por Justo Pastor Rodríguez. A raíz de estos hechos, en el mes de marzo se abrió la investigación en contra del ex Director Nacional de Fiscalías, por los delitos de prevaricato por acción y cohecho propio. En el mes de diciembre, al resolver la situación jurídica del sindicado, se decidió la sustitución de estos dos tipos penales, y en su lugar se le imputó el delito de cohecho impropio consagrado en el inciso segundo del artículo 406 del Código Penal, lo cual resultaba viable porque dicho delito se encontraba en el mismo título y capítulo del estatuto penal e implicaba menor punibilidad.

La Fiscalía sostuvo dicha variación argumentando que, bajo este tipo penal no era necesario el pacto previo entre el servidor público y el particular que tenga interés en asunto sometido a conocimiento del primero, incluso era posible la consumación cuando la decisión ya había sido tomada, pues a juicio de la Fiscalía, el reloj Rolex entregado a Justo Pastor Rodríguez por parte de Jesús Guerrero, era una muestra de agradecimiento o recompensa por el hecho de haber relevado al fiscal que adelantaba el caso de este último, situación que lo terminó favoreciendo, dado que la nueva Fiscal asignada decidió decretar

la nulidad de lo actuado y cancelar la orden de captura que pesaba en su contra y precluir la investigación.

4. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia

Para realizar el juzgamiento de Justo Pastor Rodríguez Herrera por el delito de cohecho aparente, la Corte Suprema procede en primer lugar a hacer un análisis del desarrollo histórico que ha tenido este tipo penal en el ordenamiento jurídico colombiano, dejando de presente que no han sido pacíficas las discusiones alrededor de esta modalidad de corrupción pasiva, así divide su estudio en dos antecedentes:

4.1. Consideraciones legales: en relación con los antecedentes legales de este delito, la Corte Suprema afirma que no ha tenido modificaciones de mayor trascendencia desde su consagración en el Código Penal de 1936, lo que no ha sido óbice para generar debate en torno a la conducta que pretende sancionar. Este código penal tipificó varias modalidades de cohecho y aunque no les asignó una denominación específica, todas se encontraban en el capítulo de delitos contra la Administración pública, el cohecho aparente estaba concretamente contenido en el artículo 164 y consagraba como conducta punible recibir dádivas por parte de funcionario público, ofrecidas en consideración a su cargo, por una persona que tenga un asunto pendiente en su despacho. Esta tipificación suscitó diversas posturas en relación con su carácter netamente preventivo al no exigir una finalidad concreta, sin embargo, se puede colegir que lo pretendido por el legislador era la protección de la probidad pública.

Afirma la Corte que en las discusiones en torno al Decreto Ley 100 de 1980, el debate se dio en mayor medida en las comisiones redactoras, en la de 1974 se propuso para la consagración de las modalidades de cohecho que cada una constituyera un tipo penal autónomo y se tipificara por tanto el cohecho propio, impropio, aparente y por ofrecimiento de dádivas. En relación con el llamado cohecho subsiguiente esta comisión propuso que fuera una circunstancia de atenuación punitiva. La comisión redactora de 1978, conservó la clasificación propuesta, sólo realizó modificaciones en cuanto al sujeto activo, en tanto en la comisión de 1974 se aludía al funcionario o empleado público o el trabajador oficial, y en esta se cambió por empleado oficial o auxiliar de la justicia, además, incluyó el cohecho aparente como inciso segundo del artículo del cohecho

impropio, y sugirió la creación de un tipo penal autónomo del cohecho subsiguiente, concretamente propuso denominarlo, “cohecho por actuación legal cumplida u omitida”, esta última propuesta no fue acogida por el gobierno en el Decreto Ley 100 de 1980, quedando excluida de punición esta conducta, situación que generó inconformidad, como se verá, en cierto sector de la doctrina.

La Ley 599 de 2000 no hizo ninguna modificación sustancial de los tipos de cohecho, sólo en relación con el sujeto activo que pasó de denominarse funcionario público a servidor público, en lo referente al cohecho subsiguiente, en las discusiones del proyecto no se hizo ninguna mención al mismo.

Como consecuencia del anterior desarrollo normativo la Corte Suprema concluye que es claro que el legislador excluyó de persecución penal el cohecho por acto oficial cumplido u omitido, toda vez que no se acogió en el Decreto Ley 100 de 1980, a pesar de haber sido propuesto como tipo penal autónomo en el proyecto, y más aún, si se considera que en la expedición de la Ley 599 del 2000 no se hizo referencia alguna a este supuesto, por lo que hoy no es posible su punición.

4.2. Consideraciones doctrinarias: el desarrollo doctrinario se dio a la par del legal, en relación con el código de 1936 la sentencia recoge dos líneas argumentativas que se dieron en torno a la idea de prevención general que parece acarrear la tipificación del cohecho aparente, pues busca evitar la desconfianza en la moralidad de la Administración pública cuando los obsequios se dan en razón del cargo. Una de ellas plantea que este delito parte de una presunción en contra del funcionario, por lo que bajo esta perspectiva se rechaza la punición de esta modalidad de cohecho, en tanto la consideran como innecesaria e inútil porque para su constitución no se requiere que la dádiva se de con una finalidad específica, basta que el asunto esté pendiente. La otra, en cambio, defiende su utilidad en razón de la protección de la “irreprochabilidad e insospechabilidad” de las funciones del Estado, en palabras de Bernal Pinzón, citado por la Corte,

[...]el bien jurídico protegido corresponde en este caso al interés del Estado en la irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios, la cual sufriría por el solo hecho de la aceptación de presentes ofrecidos en consideración a la calidad

invertida...” [...]el dinero o la dádiva no tienen la naturaleza de una retribución, porque el funcionario no se compromete con nada.

Por otra parte, recurre la Corte Suprema a lo planteado por Antonio Arenas en relación con el supuesto de cohecho subsiguiente, el cual afirma que este a diferencia de los otros es un supuesto futuro, en tanto la dádiva o recompensa se otorga cuando el funcionario ha dejado el cargo; es decir, con posterioridad a la decisión que se pretende compensar, así mismo, refiere que aunque hay discusión sobre si esta conducta debe ser penada o no, algunos autores han defendido su punición como Carrara y Giulliani, aludiendo a tres razones: 1. facilitaría la corrupción pactada en el momento en que se desempeña el cargo; 2. el funcionario público estaría expectante de obtener incentivos no prometidos; 3. percepción de que el acto se hizo por la dádiva, lo que genera desconfianza en la administración pública. Concluye finalmente este autor que “se justificaba la reforma propuesta porque una manera de incurrir en cohecho o corrupción es aceptar dinero o dádivas por actuaciones ya cumplidas, legal o ilegalmente”, por esta razón no comparte su exclusión del Decreto Ley 100 de 1980, pues es también un supuesto claro de corrupción y dejarlo sin tutela penal conlleva un riesgo de impunidad en aquellos casos en los que no logre acreditarse el acuerdo previo

Una vez analizados en la sentencia los antecedentes legales y doctrinarios en relación con el cohecho aparente, no queda duda que el legislador en su margen de discrecionalidad optó por tipificar la modalidad de corrupción pasiva aparente, que se configura en el segundo inciso del artículo 406, recibir dinero o utilidad por parte del servidor público de persona que tenga interés en un asunto sometido a su conocimiento, no se encuentra incluido dentro de este supuesto, la recompensa por un acto ya realizado.

5. Estructura del tipo penal

De las consideraciones planteadas en la sentencia estudiada se pueden extraer los diferentes elementos, que de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia constitutivos del delito de cohecho aparente, específicamente el consagrado en el inciso segundo del artículo 406 del Código Penal Colombiano.

5.1. Bien jurídico

En términos generales, y de conformidad con el título en el que se encuentra este tipo penal, se puede inferir que el bien jurídico protegido es la administración pública, por ello resulta relevante dilucidar dicho concepto, desde una óptica jurídico penal esta se encuentra:

Constituida por los distintos mecanismos encargados general o parcialmente de realizar una gestión, o varias gestiones en conjunto, para atender las necesidades de una comunidad determinada, de tal manera que no es posible concebirla estática, a la manera de los entes, sino en movimiento incesante, toda vez que los órganos son inseparables de su función. Dicho de otra manera, por Administración Pública entendemos los organismos públicos, unipersonales o colegiados, que desarrollan determinadas funciones, a través de las cuales se cumplen los fines propios del Estado. (Arrubla 2005, Pág.21)

La Corte Suprema de Justicia considera que dentro de este bien jurídico se encuentran incluidos los valores propios de la administración pública, en otras palabras, el reproche penal busca la protección del correcto funcionamiento de las entidades estatales, procurando por salvaguardar “el prestigio, la fidelidad, el decoro, los deberes y la disciplina de cada cargo público”⁷. Valores que están directamente relacionados con la “irreprochabilidad e insospechabilidad” que deben estar presentes en las diversas actuaciones efectuadas por los servidores públicos. De igual forma, con la tipificación de esta conducta se procura por la preservación de la imparcialidad de los servidores públicos al momento de tomar una decisión, en el sentido de que el servidor no debe tener interés en la causa, al tiempo que no debe partir de un favorecimiento de una persona determinada, dado que los lineamientos para adoptar una decisión siempre deberán ser extraídos de la normatividad aplicable al caso. Todos estos valores, según la Corte Suprema de Justicia, se ven afectados o vulnerados cuando el servidor público acepta invitaciones, presentes, dinero o cualquier otra utilidad por parte del particular que tenga

⁷ Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, radicado 23924 del 6 de mayo de 2009. M.P: Jorge Luis Quintero Milanés.

interés en un asunto sometido a conocimiento de aquel. Esto resulta reiterado en la sentencia anteriormente referida en los siguientes términos:

[...]la rectitud e imparcialidad de las decisiones de los funcionarios del Estado se pone en tela de juicio cuando, quien con intereses en una decisión o una actuación que deberá darse en el futuro, halaga al servidor público con prebendas, utilidades o dádivas que aquél, precisamente por la condición que por tal motivo actualiza frente al particular, tiene la obligación de rechazar, no solo para que el oferente no albergue expectativa favorable por ese solo hecho, sino porque es necesario que el resto de la comunidad esté tranquila y segura de que en el cumplimiento de las funciones del Estado no se establecen favoritismos determinados por el poder de quien tiene la capacidad para realizar esta clase de ofrendas.

Así mismo, se deriva que el servidor público está en el deber de rechazar este tipo de dádivas o regalos, toda vez que puede generar expectativas ilegítimas en la persona que tiene interés en algún asunto sometido a su decisión, pensando que este será fallado a su favor por el hecho de haber sido aceptadas dichas utilidades por parte del servidor, lo que repercutirá en la generación de sospechas frente a la moralidad de la función pública.

De las ideas planteadas por la Corte Suprema de Justicia en este caso, se puede entrever que no existe una concreción exacta del bien jurídico que se busca proteger con este delito, ya que si bien, de manera general, se hace alusión al bien jurídico de la administración pública, incluye dentro de este diversos valores, principios, deberes de la función pública, que cuentan con características muy diferentes; por lo tanto, el bien jurídico, por lo menos desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema, se torna difuso, al punto que no es posible determinarlo de manera precisa, siendo necesario para esto el estudio concreto de los hechos de cada caso.

5.2. Sujeto activo

En el caso concreto el supuesto sujeto activo de la conducta, al sentir de la Fiscalía, era el señor Justo Pastor Rodríguez Herrera, quien tenía la calidad especial de servidor público, dado que para el momento de los hechos se desempeñaba como Director Nacional de Fiscalías, por tanto, tenía poder de decisión sobre los asuntos que se estaban

ventilando en el proceso penal del señor Jesús Guerrero, específicamente lo concerniente a la variación de la asignación, función otorgada por el numeral 3 del Decreto 262 de 2000. Siendo en función de ese cargo que, a través de la Resolución N° 00664 del 21 de mayo de 2003, facultó al Director Seccional de Fiscalías de Bogotá para que designara a un Fiscal diferente para el proceso penal adelantado en contra del señor Jesús Guerrero. Es pertinente aclarar que para el momento en el cual este último le obsequió al señor Rodríguez Herrera el reloj Rolex, este ya no ocupaba el cargo mencionado, sino que se desempeñaba como Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

El delito de cohecho impropio requiere que la conducta sea realizada por un sujeto activo con una calidad especial, para el caso concreto se requiere que la conducta sea efectuada por un servidor público. No es pacífica la discusión sobre la determinación del sujeto activo calificado en los delitos contra la administración pública, siendo necesario recurrir en primer lugar a la Constitución Política, que en su artículo 123 dispone:

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

No obstante, debido a los términos abstractos y generales utilizados en la Constitución Política, para delimitar la categoría de servidor público como sujeto activo con calidad especial es menester referirse al artículo 20 del Código Penal, en el que se consagra que:

Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

En el caso de que un particular ejecute conjuntamente con el servidor público algún delito especial contra la Administración Pública, deberá aplicarse el inciso tercero del artículo 30 del Código Penal, el cual establece: “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

5.3. Sujeto pasivo

En este punto es necesario indagar sobre la titularidad del bien jurídico, como se mencionó en el aparte concerniente a este elemento de la tipicidad, la Corte Suprema de Justicia indica que, en el delito de cohecho aparente, regulado en el inciso segundo del artículo 406 del Código Penal, el bien jurídico protegido es:

El normal desenvolvimiento de las funciones estatales, el prestigio, la fidelidad, el decoro, los deberes y la disciplina que cada cargo público entraña, pues todos ellos son indicativos de la “irreprochabilidad e insospechabilidad”, que debe caracterizar la actuación de los servidores públicos.

En esa lógica, se podría afirmar que, en principio, el titular del bien jurídico de la administración pública es el Estado, de tal modo ha sido entendido por Molina Arrubla:

Sujeto pasivo de la infracción es siempre y únicamente la administración pública ofendida con el comportamiento del funcionario público, de donde se sigue que, finalmente, el sujeto pasivo de esta infracción es el Estado como titular del bien jurídico de la administración pública, único bien que resulta afectado con la conducta del actor, en el entendido que es el Estado el titular del bien jurídico afectado. (2005, Pág. 262)

Posteriormente, en el análisis del caso concreto desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, se señala el deber del servidor público de rechazar este tipo de utilidades o dádivas, con el objetivo de mantener intacta la tranquilidad y seguridad de la comunidad sobre el adecuado desarrollo de las funciones estatales, en donde no se establezcan privilegios o favoritismos a sujetos que cuenten con la capacidad económica para realizar este tipo de ofertas.

Por estas razones, se puede inferir que los titulares del bien jurídico protegido en el delito de cohecho aparente son el Estado y la comunidad en general, puesto que ambos están interesados en el correcto funcionamiento de la administración pública y en la materialización de los diferentes valores y principios mencionados por la Corte Suprema de Justicia, en la lógica de que la corrupción o la influencia de intereses privados en este ámbito repercutirán inevitablemente en contra del interés general. Por un lado, el Estado debe garantizar que sus diferentes entidades desarrollen sus funciones de conformidad con la normatividad, impidiendo que particulares ajenos utilicen su capacidad económica para influenciar en las decisiones a tomar por un servidor público, procurando que estos estén guiados en todo momento por el interés general; y por otro lado, la comunidad confía que los servidores públicos den un trato igual a todas las personas, sin incorporar en los asuntos propios de la administración intereses económicos privados o favoritismos de cualquier tipo, con el fin de poder confiar en que las actuaciones desplegadas por las entidades estatales se encuentran encaminadas al beneficio de toda la colectividad.

Así las cosas, el sujeto pasivo del delito de cohecho aparente será el Estado principalmente o la comunidad en general, dependiendo del valor social transgredido en el caso concreto, siguiendo los lineamientos proporcionados por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia referida.

5.4. Conducta

La acción que se encuentra desvalorada penalmente en el tipo de cohecho impropio aparente, está dada por su verbo rector; esto es, recibir. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española recibir consiste en “tomar lo que le dan o le envían”.

Lo anterior significa que este delito busca reprochar penalmente la conducta de tomar el dinero u otra utilidad; en otras palabras, la conducta implica que el servidor público acepte efectivamente la dádiva o utilidad entregada por el particular que tiene interés en un asunto sometido al conocimiento de aquél, al respecto la doctrina ha señalado que:

La recepción supone —la efectiva admisión de la dádiva o presente por parte del funcionario con la voluntad de hacerla suya y —que un particular entrega una dádiva al funcionario, quien la incorpora a su patrimonio o al de un tercero.

La recepción de la dádiva o el presente se produce cuando el funcionario la incorpora a su propio patrimonio, es decir cuando actúa respecto a ella como dueño. Es en este sentido un acto de apropiación del funcionario. (Lombana, 2013, Pág. 387)

De igual manera, la conducta típica se puede realizar de dos formas, a través de una conducta activa, en donde el servidor público efectivamente recibió el dinero o utilidad, o con la asunción de una postura pasiva ante la entrega de la dádiva, concretamente con la no devolución de la utilidad.

Lo anterior se ve reflejado en la sentencia analizada, en primer lugar, la Fiscal delegada ante la Corte Suprema de Justicia menciona como circunstancia relevante:

Que el procesado recibió y aceptó el reloj Rolex, como se desprende de sus respuestas a una entrevista concedida al periódico El Tiempo, en la cual expresó que *“la gente le vive a uno regalando cositas”*. Además, porque si bien ha afirmado que muestra de su intención de devolverlo fue la llamada que le hizo a su donante haciéndole ver que se trataba de un obsequio excesivo, lo cierto es que su comportamiento indica su disposición de aceptarlo.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia basado en la versión del señor Justo Pastor Rodríguez y la de Jesús Guerrero Hernández estableció que:

Fue en los primeros días del mes de febrero de 2004, cuando ejercía el cargo de Fiscal Delegado ante la Corte que el primero recibió el reloj que el segundo le hizo llegar a título de regalo de navidad a la casa de su novia, en donde lo recibió Santiago Niño, el hermano de la mujer.

Para la configuración del delito de cohecho aparente no es necesario que la utilidad sea entregada directamente por el particular que tenga interés en un asunto sometido al conocimiento del servidor público, también se concretaría cuando el particular haga llegar el regalo por interpuesta persona. Al mismo tiempo, no es indispensable que el dinero o la utilidad sea aceptada o recibida directamente por el servidor público, este puede incurrir en el delito por dos vías: “en forma directa cuando personalmente toma lo que le

entregan y en forma indirecta cuando recibe a través de un intermediario”. (Ortiz Rodríguez citado por Arrubla 2005, Pág. 271)

De esto se colige que el procesado realizó el verbo rector determinado para el delito de cohecho aparente; no obstante, este examen debe realizarse a la luz del bien jurídico protegido por este tipo penal; la administración pública con los valores que la integran. En consecuencia, si bien el procesado recibió el reloj Rolex, ese simple hecho considerado de manera aislada no lesiona el bien jurídico del correcto funcionamiento de la Administración pública, lo cual no fue objeto de consideración por parte de la Corte Suprema de Justicia, dado que la resolución del caso se dio a partir del elemento de la coetaneidad.

Llegado a este punto, es relevante reiterar que la conducta no requiere de un acuerdo previo entre el servidor público y el particular que tenga interés en asunto sometido al conocimiento de aquel, precisamente este elemento es el que permite diferenciar el delito de cohecho impropio aparente con los delitos de cohecho propio (Art 406 C. Penal) y cohecho impropio (inciso primero del artículo 406 del Código Penal).

5.4.1 Modo de realización

Desde una perspectiva amplia el delito de cohecho ha sido considerado como:

Un delito de actividad, que se consuma en el momento en que el funcionario o autoridad solicita o acepta la dádiva o retribución, o el particular la ofrece, o acepta la solicitud del funcionario o autoridad. Es irrelevante, por ello, que se llegue o no efectivamente a entregarla o percibirla, como también lo es (a efectos de consumación del delito, y sin perjuicio de la penalidad que en cada caso corresponda) que se realice el acto delictivo o injusto en los casos en que se tipifique. (Delgado, 2017 Pág.398)

Respecto al delito de cohecho aparente, este también es incluido dentro de los denominados tipos penales de mera conducta, dado que para su consumación no requiere de un resultado concreto, sino la realización de una acción, para este caso se concretaría cuando el servidor público realice la acción de recibir utilidad o dinero por el particular interesado en una causa de la cual conoce; por ende, no es necesario para la configuración

del tipo que el servidor público luego de aceptar el regalo o la dádiva encamine su accionar a cierto resultado, como la adopción de una decisión determinada; en otras palabras:

Nada importa para el perfeccionamiento de esta figura delictual que el acto se cumpla o no; lo importante es que el funcionario reciba dinero o la dádiva [...] Es por lo anterior por lo que se predica que el cumplimiento del acto no entra a hacer parte del elemento objetivo del delito. (Arrubla 2005, Pág. 276)

Los anteriores elementos permiten diferenciar el cohecho aparente de otros delitos en contra de la Administración pública. Primero frente al tipo penal de cohecho propio que implica recibir dinero o utilidad con el fin de retardar u omitir un acto propio del cargo, o la ejecución de una actuación contraria a los deberes oficiales; y segundo, frente al cohecho impropio del inciso primero del artículo 406 del CP, el cual supone aceptar la utilidad para la ejecución de un acto en el desempeño de sus funciones.

La Corte Suprema de Justicia en sus consideraciones a la luz de la jurisprudencia señala lo siguiente: “para efectos de la punición resulta indiferente el acierto o desacierto de la actuación del servidor público en el asunto sometido a su conocimiento”. Siendo indiferente, a su vez, la naturaleza del acto: “no interesa la clase o naturaleza del acto, puesto que no se trata, en la figura, de un específico y determinado acto (auto, sentencia, resolución, etc.), ni menos que sea revocable o no”. (Arrubla 2005, Pág.276)

En últimas, la única circunstancia fáctica que consagra el tipo penal del cohecho impropio aparente es que el servidor público tenga bajo su conocimiento un asunto en el cual el particular que entregó el dinero o la utilidad esté interesado, situación que se analizará en el acápite siguiente.

5.4.2 Momento consumativo

Un primer elemento que resulta necesario analizar del tipo penal de cohecho impropio aparente es el momento de su consumación, como ya se había analizado en el acápite concerniente al modo de realización, la acción que debe efectuar el servidor público es la de recibir dinero u otra utilidad, siendo este el momento de la consumación del delito, sin dejar de lado los otros elementos constitutivos de la tipicidad. Por esta razón, se

comprende que el delito de cohecho aparente se categoriza como un tipo penal de conducta instantánea, en donde el momento consumativo se agota con la concreción de la acción de recibir la dádiva o utilidad por parte del servidor público y proveniente de aquel particular que tenga interés en una causa donde el primero tenga poder de decisión. Desde la doctrina se ha entendido que el cohecho aparente:

Se consuma cuando el servidor público recibe el dinero o las dádivas, con una sola circunstancia: que el donativo se haga por persona que tenga interés en asunto sometido a conocimiento de dicho servidor. No hay la necesidad de demostrar la existencia de pacto, convenio o acuerdo en ningún sentido, pues entonces no habría cohecho aparente, sino propio o impropio, según sea, a su vez, lo ofrecido por el funcionario al oferente inicial. (Arrubla 2005, 278)

En el caso concreto, el momento consumativo se dio cuando el señor Justo Pastor Rodríguez recibió el reloj Rolex por parte de Jesús Guerrero, este hizo llegar dicho objeto a la casa de la novia del ex Director Nacional de Fiscalías, en la fecha del 5 de febrero de 2003, según la Defensa del acusado, sin referirse exactamente al momento en el cual Justo Pastor Rodríguez aceptó efectivamente el regalo y lo incorporó a su patrimonio.

5.5 Coetaneidad

Uno de los problemas jurídicos más relevantes que debe resolver la Corte Suprema de Justicia en la sentencia analizada, y que a la postre será el fundamento de la decisión, podría resumirse en la siguiente pregunta: ¿Es un elemento del tipo penal de cohecho aparente la coetaneidad entre el momento en que el servidor público tiene poder de decisión sobre un asunto en donde un particular tiene interés y el recibo del dinero o la utilidad?

Frente a esta problemática se plantean diversas tesis por parte de los diferentes sujetos procesales, es así como la Fiscalía sostiene lo siguiente:

“[...] si se tipificó el delito de cohecho impropio o implícito, simple y llanamente porque, a diferencia de las previsiones del primer aparte de la norma bajo escrutinio, en el que el acto de ejecutar debe ser coetáneo o posterior, con previo

acuerdo, mientras que en el que nos ocupa no es menester la coincidencia previa de voluntades pues se trata de un acto espontáneo, unilateral, referido a ‘asunto sometido a su conocimiento’, con absoluta independencia de que ya haya sido decidido, precisamente porque lo que sanciona la ley es la representación y concreción de la corrupción imperante, el ataque frontal al Estado y en forma directa a la administración de justicia, porque impide el funcionamiento normal y correcto de ella, a través de una actitud contraria a la rectitud, honestidad y probidad que deben caracterizar a los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y deberes”.

En ese sentido, para la Fiscalía la coetaneidad no es un elemento constitutivo del delito de cohecho impropio aparente, el cual desde su punto de vista se puede configurar incluso cuando el asunto ya haya sido decidido, por esta razón aduce la tesis de que el reloj Rolex obsequiado por Jesús Guerrero tiene un carácter retributivo; es decir, es una recompensa por el acto oficial expedido por el ex Director Nacional de Fiscalías para la variación de la asignación en el caso adelantado contra Jesús Guerrero, lo que finalmente resultaría incidiendo en beneficio de este último, ya que su proceso penal culminó con la preclusión de la investigación. Desde esta tesis, se podría afirmar que el tipo penal consagrado en el inciso segundo del artículo 406 del Código Penal, incluye lo que en otros ordenamientos jurídicos se conoce como el delito de cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa, o en términos de la Corte Suprema como el cohecho por actuación legal cumplida u omitida, el cual, según criterio doctrinal, puede ser definido de la siguiente manera:

Consiste en recibir una ventaja con posterioridad a la toma de decisión, es decir, una vez adoptado el acto propio del cargo, es decir, es el que se lleva a cabo después de que se ha adoptado la decisión. De esta manera, este delito tipifica dos conductas: recibir o solicitar dádiva después de haber realizado un acto contrario a los deberes del cargo o después de haber omitido o retrasado el acto debido y recibir o solicitar dádiva, favor o retribución tras haber realizado un acto propio del cargo, por lo cual se tienen los demás elementos propios del delito de cohecho propio y del cohecho impropio. (Mir Puig y Pérez Poszuelo citados por Lombana, 2013, Pág. 434)

Por el contrario, el Ministerio Público y la Defensa consideran necesario que exista coetaneidad entre el momento “en que el servidor público adquiere posibilidad de actuar con incidencia en el asunto en cuyos resultados tiene interés el particular y el recibo de la utilidad”. No obstante, los dos sujetos orientan su argumentación en la lógica de que la coetaneidad es un elemento necesario del tipo de cohecho impropio aparente, cada sujeto argumenta su posición de manera diferente, así, el Ministerio Público plantea:

Fue en mayo de 2003 que JUSTO PASTOR RODRÍGUEZ HERRERA profirió la resolución de reasignación y 9 meses después, es decir, en febrero de 2004 cuando ya no tenía ningún poder de decisión al respecto recibió el reloj Rolex, por manera que no hubo la simultaneidad requerida para la configuración del tipo penal, en tanto que la expresión “*tenga interés*” denota actualidad entre las dos situaciones referidas, pues debe existir un vínculo entre el interés particular y los actos funcionales de la administración pública. (Subrayado fuera del texto).

Por su parte, la Defensa coadyuvando las consideraciones del delegado del Ministerio Público señala que la coetaneidad es un elemento del tipo penal; esto es:

la dádiva se reciba por el funcionario mientras tenga el asunto sometido a su conocimiento, pues no es posible exigir condiciones que no hacen parte de la descripción típica, razón por la cual, en este evento tampoco es posible hablar de antijuridicidad, porque cuando el doctor JUSTO PASTOR recibió el obsequio ya no ejercía la función pública que le permitía tener poder de decisión en el proceso del donante.

De este modo quedan planteadas las diferentes posiciones acerca del elemento de la coetaneidad, procediendo la Corte Suprema de Justicia a examinar este punto, teniendo claro que la posición que se asuma tendrá consecuencias en la decisión, en el entendido de que si se afirma que la coetaneidad no es un elemento del tipo de cohecho aparente, se puede afirmar que el señor Justo Pastor Rodríguez incurrió en el delito consagrado en el inciso segundo del artículo 406; por el contrario, si se asume que la coetaneidad es un elemento integrante de la tipicidad, deberá absolverse a la persona mencionada, toda vez que el obsequio fue recibido 9 meses después de la resolución de variar la asignación,

cuando ya no desempeñaba el cargo de Director Nacional de Fiscalías, sino que era Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Para dilucidar esta problemática, la Corte Suprema de Justicia hace referencia a jurisprudencia anterior⁸, en esta ya se había indicado:

La necesidad de que el asunto estuviese bajo conocimiento del servidor público y pendiente de resolución; es decir, el funcionario debe ser competente para solucionar el asunto o realizar actos para impulsar el trámite del mismo, reiterando la irrelevancia de que el funcionario estatal ofrezca alguna contraprestación, bastando la aceptación de la dádiva o regalo, sin dejar de lado los otros elementos constitutivos de la tipicidad.

Adicional a esto, es indispensable que el servidor público tenga poder de decisión sobre la causa en la cual el particular tenga interés; esto es, el funcionario debe tener la capacidad de intervenir e incidir en el asunto que genera atracción por el particular, siendo esta la razón para otorgar alguna dádiva o utilidad al servidor.

En resumen, la Corte Suprema de Justicia considera que la redacción del delito de cohecho impropio aparente:

contiene una expresión “redactada en tiempo presente relativa a que el donante de la prebenda corruptora ‘tenga interés’ en asunto sometido conocimiento del agente” de la cual “se desprende que el delito se construye en una situación de coetaneidad, entre dicho conocimiento y la captación de la ‘utilidad’. Condicionamiento que aparece justificado en la medida en que ese es el marco temporal durante el cual se pone en riesgo o se vulnera el bien jurídico tutelado.

Por tales razones, la Corte Suprema de Justicia rechaza la tesis de la Fiscalía, en el sentido de que el inciso segundo del artículo 406 del Código Penal no contempla el supuesto de hecho de la recompensa o retribución a través de dádivas u ofrendas por el cumplimiento previo de una función propia de un cargo público, como lo sería la decisión de variar la asignación en el proceso penal mencionado.

⁸ Fallo de casación del 24 de enero de 2001, rad. 13.155, Sentencia de segunda instancia del 19 de noviembre de 2002, rad. 16.547 y Auto de única instancia del 16 de diciembre de 2002, rad. 16.112.

En el salvamento de voto se expresa una tesis contraria a la expuesta en esta sentencia por la Corte Suprema de Justicia. Quienes deciden salvar el voto, manifiestan que no se tuvo en consideración para tomar la decisión hechos probados que tienen gran trascendencia, como el fuerte vínculo de amistad entre el procesado y Jesús Guerrero, de los cuales se puede deducir que hubo aceptación del obsequio, pues a su consideración, nunca manifestó intención de rechazarlo o de devolverlo. En el mismo sentido, afirman que, al tener conocimiento del procedimiento de reasignación sometido a su consideración, debía declararse impedido por tratarse de un “gran amigo”, concluyen por estas razones que,

[...]indiscutiblemente el acusado JUSTO PASTOR RODRÍGUEZ HERRERA, con pleno conocimiento y conciencia de la ilicitud, realizó el tipo penal de cohecho impropio en la modalidad de implícito o encubierto y subsiguiente o por actuación oficial cumplida de que trata el inciso segundo del artículo 406 del Código Penal, toda vez que con ocasión de sus funciones como Director Nacional de Fiscalías, y después de haber hecho dejación del cargo, recibió un costoso bien de persona que tenía interés en el asunto sometido a su conocimiento.

Como puede verse, se apartan de la decisión mayoritaria que considera excluido de persecución penal el cohecho subsiguiente, para estos magistrados se encuentra incluido en el inciso segundo del artículo 406 del Código Penal. Para fundamentar su postura, indican que no tiene relevancia para el caso los debates que se dieron en las comisiones redactoras de la normatividad precedente, dado que obedecían a contextos diferentes y que las condiciones actuales no pueden asemejarse a aquellas, por lo que referenciar la intención del legislador sólo tiene un sentido histórico.

De igual modo, refieren que no debe darse una interpretación literal a la norma, sino que por el contrario debe valorarse la trascendencia social y jurídica del bien que se pretende tutelar, hacerlo:

daría lugar a que se abrieran indeseables espacios para que esta clase de conductas social y jurídicamente reprochables, logren impunidad, tan solo por haber sido realizadas de una manera muy elaborada a fin de encubrir la verdadera magnitud del daño causado al bien jurídico y a la estabilidad social.

Esta postura adoptada por los magistrados que salvaron el voto podría resultar bastante problemática a la luz del principio de legalidad, toda vez que no puede condenarse a una persona por una ley posterior, y si de la literalidad de la norma no logra extraerse inequívocamente el cohecho subsiguiente, no es posible que a raíz de una interpretación extensiva se pretenda su punición, pues ello llevaría a que el juez adquiriera potestades legislativas que no tiene y menos en el ámbito penal por los principios que lo rodean.

Posteriormente, en la sentencia del 20 de noviembre con ponencia del Magistrado José Luis Barceló Camacho del 2013, se afirmó respecto al elemento de la coetaneidad:

Por tanto, la jurisprudencia citada se encuentra a tono con lo decidido, porque la capacidad de decisión señalada apunta a la concreta función del servidor, a su real intervención dentro del asunto que se pretendía tergiversar.

Finalmente, el discurso real de la jurisprudencia de la Corte sobre la coetaneidad, sobre el tiempo presente, no es el que entendió el censor, sino que con claridad apunta es al autor de la oferta corruptora, es decir, que este es quien debe actuar en tiempo presente, pues es de él, no del servidor público, de quien se exige que *“tenga interés”* (no que lo hubiera tenido en el pasado o pueda tenerlo en el futuro) en el asunto sometido a conocimiento del empleado.

De esto se sigue que, la Corte Suprema de Justicia ha sido coherente y reiterativa en afirmar que el elemento de la coetaneidad es indispensable para la configuración del delito de cohecho aparente, debido a que en nuestra legislación penal no se encuentra tipificado el cohecho subsiguiente.

Al mismo tiempo, desde la doctrina se ha estudiado este punto, así, autores como Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau al referirse al cohecho impropio afirman:

El servidor público afecta con su comportamiento la Administración Pública, no porque ejecute acciones ilegales, sino porque habitualmente el Estado le paga sueldo por el cumplimiento de sus funciones, y por ende cualquier otra prestación que reciba por lo mismo concepto de parte de los particulares es evidentemente ilícita. [...]Por los motivos precedentemente explicados, no se

presenta el delito si el servidor público recibe el dinero por acto legal ya cumplido. (2004, Pág. 284)

Por su parte, Mario Molina Arrubla, al referirse el cohecho impropio afirma que el acto debe ser presente o futuro, puesto que nuestro Código Penal no sanciona el accionar del servidor público que recibe la dádiva por un acto oficial ya cumplido, nuestro legislador no consideró que ameritaba reproche penal esta conducta, de esto se deriva que si la persona recibe dinero o utilidad cuando ya no desempeña un cargo público, y en consecuencia, no ostenta la calidad de servidor público no podrá incurrir en el delito de cohecho. Así mismo, plantea que:

El legislador colombiano solamente previó el cohecho propio e impropio antecedente y no así el subsiguiente. La afirmación es fácil de verificar si se tiene en cuenta que la ley exige que se haya recibido la retribución (dinero, dádivas, etc.). “para omitir o retardar”, etc., o “para ejecutar, etc.”; con lo cual se está refiriendo a un acto futuro y no a uno que ya cumplió el malhechor. (Arrubla, 2005, Pág. 265)

Teniendo como sustento lo anterior, considero que no es dable entender bajo la normatividad vigente que se encuentra tipificado el delito de cohecho subsiguiente, dado que al analizar las diferentes modalidades de cohecho, los antecedentes legislativos, la jurisprudencia y la doctrina, se puede concluir que el legislador optó en su margen de discrecionalidad por penalizar sólo el antecedente, excluyendo de reproche penal la conducta del servidor público que reciba algún beneficio luego de haber adoptado una decisión o efectuado una actuación, sea esta, retardar u omitir un acto propio de su cargo o ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales (cohecho propio); acto que debía ejecutar en el desempeño de sus funciones (cohecho impropio); o por haber decidido un asunto sometido a su conocimiento (cohecho aparente).

Tampoco es válido afirmar que esta modalidad de cohecho se encuentra incluida dentro del inciso segundo del artículo 406 del C.P, por dos razones esenciales:

En primer lugar, entender que este supuesto se encuentra tipificado es una flagrante vulneración al principio de legalidad orientador el derecho penal, que implica como

garantía la existencia de una ley previa que estipule un supuesto de hecho claro y preciso, con su respectiva consecuencia jurídica, estando prohibido extender el tipo penal a hipótesis no contenidas en este. Así mismo, este principio fundante del derecho penal también propugna por la existencia de un ley expresa y estricta; es decir, que no es posible realizar interpretaciones extensivas de la normatividad penal, por el contrario, se debe propender por una lectura restrictiva del tipo penal, o si se quiere, literal, por lo que no se comparte la postura asumida por los magistrados que salvaron el voto en la sentencia referida. Concretamente, en el cohecho aparente, no queda duda de que la descripción realizada por el legislador de este tipo penal no incluye el supuesto en donde el servidor público reciba dinero o utilidad con posterioridad a la resolución de un asunto que estuvo sometido a su conocimiento, puesto que en este momento el servidor ya no tiene capacidad jurídica para incidir en el caso, y este, como se vio, es un elemento necesario para la configuración de este tipo penal, además, cuando el asunto ya ha sido decidido, no es posible sostener que al particular le asista un interés sobre este caso, pues su posición ya está consolidada y por tanto, los actos que realiza no pueden modificar la decisión. Adicionalmente, si se toma en cuenta la voluntad del legislador al momento de consagrar el cohecho aparente, se concluye que no consideró que ameritaba reproche penal la utilidad recibida con posterioridad por el servidor público, si esta fuera su intención, la habría consagrado expresamente, más aún considerando su amplio margen de discrecionalidad.

En segundo lugar, desde mi punto de vista, la tesis que afirma la punibilidad del cohecho subsiguiente no encuentra asidero a la luz del bien jurídico de la administración pública, dado que si el dinero o la utilidad es recibido por el servidor con posterioridad a la resolución del asunto no se produce una lesión o puesta en peligro de este bien jurídico, toda vez que no puede sostenerse que por este hecho se afecta la imparcialidad o la objetividad del servidor público porque el asunto ya se encuentra resuelto y la dádiva no tuvo ninguna influencia en este, de igual forma, no se entorpece el normal funcionamiento de la administración pública en tanto que el asunto siguió su curso normal conforme a los parámetros legales establecidos para ello.

En conclusión, la coetaneidad entre el momento en el cual el servidor público tiene el poder de decisión sobre un asunto que genera interés en un particular y el momento de

recibir el dinero y la utilidad es un elemento constitutivo del tipo penal de cohecho aparente, y ante su ausencia no habrá lugar a declarar la responsabilidad de la persona.

5.6 Objeto material del delito

En el tipo penal de cohecho aparente este componente es indispensable para la adecuación a la descripción típica de la conducta realizada por el procesado, no debe confundirse con el concepto de bien jurídico, siendo este último el objeto de protección de la norma; mientras que el objeto material hace referencia al instrumento con el que se constituye la conducta. En relación con este elemento en las diferentes modalidades de cohecho, la doctrina plantea que lo pueden configurar: “dádiva, recompensas, utilidad, favor, retribución, oferta, entre otros”⁹, dependiendo de la regulación que se haga de ellos en los ordenamientos jurídicos, lo que parece común a todos es que implican un favorecimiento, o en otras palabras, deben representar un beneficio, sea para el servidor público o para un tercero.

De la tipificación dada en el segundo inciso del artículo 406 del C.P se puede extraer que este elemento en el cohecho aparente está dado por “dinero” o “utilidad”. Es pertinente precisar el significado de estos dos objetos, según la caracterización dada por Molina Arrubla:

Dinero es todo elemento representativo de valor, que tenga poder liberatorio ante terceros, de suerte tal que por dinero sólo puede tenerse y entenderse las monedas de curso legal en un espacio y en un tiempo determinado. (...) Utilidad, es todo provecho o beneficio que como consecuencia de su desviado actuar obtenga el agente. En sentir de Ortiz Rodríguez, esta utilidad no puede ser sino una dádiva valuable pecuniariamente pero distinta del dinero. Tiene que ser así porque sólo puede recibirse cosas transferibles. (Arrubla 2005, Pág. 268)

En relación con el caso concreto que se aborda en la sentencia, el objeto material es el reloj Rolex, obsequiado al acusado Justo Pastor Rodríguez Herrera por Jesús Guerrero,

⁹ Concepto de dádiva y regalo ampliamente desarrollados en: Moreno 2014, pág.33 y Aoulad 2016, pág. 19

en el entendido de la Fiscalía este obsequio tiene la connotación de recompensa pues encuentra fundamento en un acto que favoreció la terminación de la investigación que se realizaba en contra de este, en sus propias palabras:

[...] recibió, tuvo consigo e hizo suyo, un reloj marca Rolex donado por el señor Jesús Guerrero Hernández, como inequívoca muestra de agradecimiento por el servicio prestado cuando se le varió la asignación de un proceso penal que en su contra adelantaba la Fiscalía General de la Nación”, es decir recibió una dávida (sic) “nacida de los buenos oficios cumplidos en tareas propias de su condición de director nacional de la entidad, sin que el paso del tiempo o la forma en que el objeto llegara a sus manos, llegue a desnaturalizar el reato definido por el legislador como cohecho impropio.

Respecto a este punto se ha suscitado la discusión acerca de la cuantía o calidad que debe tener la dádiva o regalo para lesionar el bien jurídico de la administración pública, dicha cuestión podría plantearse de la siguiente manera: ¿Es indiferente la cuantía o las cualidades del dinero o la utilidad aceptados por el servidor público para la configuración del delito de cohecho aparente?

Tanto la jurisprudencia como la doctrina concuerdan en la importancia de considerar este elemento al momento de conocer un caso, desde ambos puntos de vista resulta claro que no cualquier dádiva puede configurar el cohecho aparente. La Corte Suprema de Justicia al interpretar el concepto de dádiva para los delitos de cohecho en general ha afirmado que:

Esa dádiva o promesa debe ser, por otra parte, de suficiente entidad, es decir, de tal magnitud que sirva de móvil a la conducta, o sea que haya entre esta y aquella una relación cuantitativa que permita equipararlas. Las dádivas o promesas de escasa significación, lo que los prácticos llamaban “minúscula”, como en el clásico ejemplo de la canasta de frutas, aunque objetivamente puedan configurar la conducta punible de que se trata, no los acepta la doctrina moderna como cohecho, a no ser que se trate de dádivas reiteradas.¹⁰

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 18 de enero de 1979. M.P: Romero Soto.

De estas consideraciones se pueden extraer algunas ideas útiles para el entendimiento de este elemento en el cohecho aparente, resulta diáfano que el dinero o la utilidad deben ser de suficiente entidad, en el sentido en que puedan afectar la imparcialidad, la objetividad, la irreprochabilidad e insospechabilidad del servidor público, el cual recibe estas dádivas por parte de un individuo que tiene interés en un asunto sometido al conocimiento del primero, por lo tanto, resultan excluidas aquellos obsequios que tengan una cuantía o cualidades insignificantes o minúsculas.

Por otro lado, la doctrina también ha analizado este punto, según Carlos Mario Molina Arrubla:

Se afirma que el monto y la calidad de lo que se da u ofrece es indiferente, quedando entonces naturalmente excluidos los regalos de cortesía que son de recibo en toda sociedad. [...] El funcionario debe cuidarse de que esos homenajes no sean de naturaleza o cuantía que lo hagan sospechoso de venalidad, como que si bien puede ser que en esos casos puede no cometer delito, si puede perder la confianza de los asociados y faltar al respeto debido a su investidura. (Arrubla, 2005, Pág. 270)

Desde la perspectiva de este autor, el análisis de la cuantía o la calidad de la dádiva puede llevar a la conclusión de la existencia de un cohecho inocuo, esta figura se presenta en las situaciones en las cuales:

No resulta pertinente hablar de la retribución del cohecho cuando el funcionario es objeto de atenciones usuales y corrientes que las normas de cortesía y educación han impuesto; o en aquellos casos en que, con motivo de fechas memorables para el servidor, este objeto de atenciones por parte de sus amigos. Igual cosa se debe predicar de la entrega de dádivas cuando han tenido por razón o causa un acto de caridad cristiana. (Arrubla, 2005, Pág. 271)

Como se puede observar, todas estas consideraciones se han realizado para la categoría de cohecho en términos generales, por lo que resulta necesario realizar ciertas precisiones acerca de este elemento en el cohecho aparente. Para iniciar, considero que no cualquier monto de dinero o dádiva puede dar lugar a la configuración del tipo penal objeto de

estudio, este debe tener una cuantía y unas cualidades de suficiente entidad, siguiendo los términos propuestos por la Corte Suprema de Justicia, esto es, debe tener un valor o calidad relevante, de tal modo que pueda influir efectivamente en la objetividad e imparcialidad del servidor público. Sin embargo, resulta problemático si lo anterior se analiza teniendo en cuenta el valor social protegido de la “insospechabilidad e irreprochabilidad” de las funciones ejercidas por el servidor público, porque si este recibe algún monto de dinero, así sea insignificante, los asociados podrán plantear dudas acerca de la moralidad y probidad de este funcionario estatal, ante esta situación, la posición defendida consiste en que se deben excluir de reproche penal aquellas acciones de recibir dinero o utilidad de un valor minúsculo o insignificante, porque se parte de que estas situaciones no afectan en términos generales el normal desenvolvimiento de la administración pública, por tanto, se plantea que deben examinarse ciertos aspectos para determinar si la recepción de una dádiva por parte del servidor público pudo lesionar el bien jurídico de la administración pública, así, son factores a tomar en cuenta para dicho examen: los ingresos económicos percibidos por el servidor público; la posición social que ocupa en la comunidad; el contexto en el cual se recibió el dinero o la utilidad; la finalidad para la cual fue utilizada la dádiva; si el obsequio fue entregada en alguna fecha especial; si el dinero o la utilidad fue recibida bajo alguna norma de cortesía o educación, entre otros.

En conclusión, el parámetro a tener en cuenta para determinar si el monto o calidad de la dádiva pudo configurar el delito de cohecho aparente siempre será el bien jurídico de la administración pública, incluyendo sus diferentes valores y principios determinados por la Corte Suprema de Justicia, porque no cualquier dinero o utilidad lesionaran este bien jurídico.

5.7 Tipo subjetivo

Para que se configure el tipo penal de cohecho impropio en su modalidad de aparente, no sólo deberán darse los elementos objetivos analizados precedentemente, sino que también es indispensable para la adecuada composición típica el elemento subjetivo. En nuestro ordenamiento el Código Penal en el artículo 21 menciona las modalidades en que puede darse el elemento subjetivo, siendo éstas: dolo, culpa o preterintención, las dos últimas sólo se configuran cuando están expresamente señaladas.

En relación con el cohecho aparente, dado que en la tipificación que hizo el legislador de este delito no se mencionó que pueda configurarse en modalidad culposa o preterintencional, es válido afirmar que sólo ocurre cuando existe dolo, esto es según el artículo 22 del C.P, que el sujeto tenga conocimiento de los elementos objetivos que configuran el tipo y quiera su realización, es decir, que el servidor público sepa que está recibiendo una dádiva (dinero u otra utilidad) de una persona que tiene interés en un asunto sobre el que este pueda influir, y aun sabiendo esto, decida recibirlo, es por esto que la Corte Suprema de Justicia concluye que no admite modalidad culposa, pues se exige pleno conocimiento y voluntad, en el mismo sentido manifestó que:

No requiere la conducta, que el servidor reciba el dinero, la utilidad, o acepte la promesa remuneratoria, para omitir o retardar un acto propio de su cargo, para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, o uno que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, comportamientos que se tipifican y sancionan en otras disposiciones penales, las cuales definen los delitos de cohecho propio o impropio, de acuerdo con lo prometido por el funcionario; lo que la norma busca proteger es la inmaculación del bien jurídico administración pública a través de la insospechabilidad de la conducta de los servidores vinculados a ella, de manera que las actividades o negocios particulares de los funcionarios no pongan en duda la integridad y moralidad que debe gobernar el ejercicio de la función. (Sentencia del 24 de enero de 2001)

Por todo lo anterior, resulta indiscutible que en la sentencia objeto de análisis no puede hablarse de dolo, en tanto el señor Justo Pastor Rodríguez en el momento en que recibió el reloj Rolex, no tenía conocimiento pleno, dado que no estaba desempeñando un cargo en el cual tuviera sometido a su conocimiento un asunto sobre el que el señor Jesús Guerrero tuviera interés, por ello le asiste razón a la defensa cuando afirmó que había “ausencia de dolo, máxime que para ese momento no constituía ninguna ilicitud, porque no tenía función para desarrollar a favor de esa persona”.

6. Solución del caso

La Corte Suprema de Justicia concluye a partir de sus consideraciones que las acciones realizadas por el señor Justo Pastor Rodríguez no se pueden encuadrar en la conducta

tipificada en el inciso segundo del artículo 406 del C.P; esto es, en el delito de cohecho impropio aparente. Los argumentos más relevantes son los siguientes:

Este tipo penal busca garantizar el bien jurídico de la administración pública, con el objetivo de mantener intacta la “irreprochabilidad o insospechabilidad” de las actuaciones de los servidores públicos, al mismo tiempo se busca garantizar que las decisiones tomadas por estos estén orientadas por los principios de la imparcialidad y la objetividad, por tal razón “la *coetaneidad* entre el momento en que el servidor público adquiere posibilidad de actuar con incidencia en el asunto en cuyos resultados tiene interés el particular y el recibo de la utilidad”, resulta ser un elemento constitutivo del delito de cohecho impropio aparente, y analizando los hechos probados en el caso concreto, al sentir de la Corte Suprema de Justicia,

No es lógicamente aceptable la tesis de la *recompensa* o de la de *retribución* para justificar la tipicidad frente a la entrega y consecuente recibimiento posterior de dádivas u ofrendas, no sólo porque tal hipótesis fáctica es diferente a la regulada en el inciso segundo del artículo 406 del Código Penal [...]sino porque en los términos en que la acusación delimitó los hechos, resulta un contrasentido sostener que el reloj Rolex a la postre representaba la gratificación por “*los servicios prestados*”, o como se argumentó en la audiencia pública se compensó “*una reasignación ilegítima*”, puesto que bajo ese entendido, en el primer evento la tipicidad se trasladaría a la modalidad de cohecho impropio del inciso primero y, en esas condiciones, no podría obviarse la existencia de una promesa o un acuerdo previo; y en el segundo, a la del cohecho propio, en tanto que se estaría compensando un acto contrario a las funciones, caso en el cual, salvo que se trate de una decisión manifiestamente ilegal en la que no intervino el ofrecimiento de un tercero, se estaría enfrente de un delito de prevaricato por acción.

Sumado a lo anterior, la Corte Suprema aduce que el elemento de la coetaneidad no se presentó en el caso del acusado Justo Pastor Rodríguez, toda vez que la resolución que ordenó la variación de la asignación del Fiscal en el caso de Jesús Guerrero, fue expedida el 21 de mayo de 2003 y la recepción del reloj Rolex se dio el 4 de febrero de 2004, lo que significa un lapso temporal de 9 meses entre estos dos momentos, adquiriendo relevancia el hecho de que para esta última fecha Justo Pastor Rodríguez no se

desempeñaba como Director Nacional de Fiscalía, sino que ostentaba el cargo de Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia, situación que permite afirmar que este servidor público no tenía poder de decisión o capacidad de incidir en el proceso penal que cursaba en contra de Jesús Guerrero, por consiguiente, en el caso concreto no se presenta uno de los elementos constitutivos del cohecho impropio en los términos del inciso segundo del artículo 406 del C.P.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia hace énfasis en el hecho de que, para el 23 de febrero de 2004, fecha en la que se decretó la prescripción de los delitos investigados en el proceso que cursaba en contra de Jesús Guerrero y Ana Josefina Osorio, ya era conocido por la opinión pública y la Fiscalía el escándalo sobre el reloj Rolex obsequiado.

Aunado a esto, resalta la posterioridad de las decisiones que favorecieron a estas dos personas, dado que la preclusión de la investigación no fue decretada sino hasta el 2 de marzo de 2005, lo que acrecienta el lapso temporal respecto al momento de recibir la dádiva.

Con base en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia decide absolver al señor Justo Pastor Rodríguez Herrera del delito de cohecho impropio en los términos del inciso segundo del artículo 406 del C.P., pero al mismo tiempo compulsa copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigue a esta persona por el presunto delito de enriquecimiento ilícito.

7. Comparación con jurisprudencia

En sentencias anteriores el cohecho aparente o implícito ya había sido objeto de análisis por parte de la Corte Suprema de Justicia, se pasará a mencionar lo trascendente de los fallos con el fin de determinar si hay diferencias entre estos o si por el contrario guardan concordancia:

- En la sentencia del 26 de abril de 1989, donde actuó como Magistrado Ponente el Dr. Gustavo Gómez Velásquez, se realizaban las siguientes precisiones frente al bien jurídico que se busca proteger con este tipo penal:

Esta modalidad de cohecho aparenta un rigor excesivo, innecesario y hasta comprensivo de conductas inocentes, nada dañinas, que

propicia tratamientos injustos. Pero bien miradas las cosas, todos estos temores y recelos no obedecen a una atendible realidad... Evidentemente, el comportamiento, dentro del esquema típico señalado por el legislador, busca prevenir el ablandamiento del funcionario en cuanto a la imparcialidad que debe caracterizar el ejercicio de sus atribuciones, pues el halago, la atención, etc., pueden enervar su libertad, entorpecer la visión del conflicto que debe desatar y, en fin, dificultar el cumplimiento de la función oficial. Más allá de la eficacia de la administración pública, también debe precaverse su insospechabilidad, pues o es dable el mantenimiento de ésta cuando el interesado en una decisión es atendido en un ofrecimiento de dinero o utilidad por quien está encargado de asumirla, pues así no lo diga si está sobreentendiéndose que se quiere buscar su favor en el asunto del cual conoce...

(...) La ley no tolera que el empleado oficial desencadene una fraternidad de ocasión con las personas que intervienen en asuntos sometidos a su conocimiento, la cual sólo puede explicarse por la gestión que al mismo se le ha encomendado en tal cuestión. Esta explosión de obsequios y regalos, así nada concreto se pida por ellos, aceptados por el empleado que debía y podía rehuirlos, debe merecer reproche y sanción, porque la justicia resulta estropeada en su buen nombre y termina por deteriorarse por afanes de mero yantar y complementario.

- La sentencia del 3 de diciembre de 1999 cuyo Magistrado Ponente fue Jorge Aníbal Gómez Gallego, refiere la Corte nuevamente al bien jurídico tutelado y a la voluntad del sujeto activo, en los siguientes términos:

[...]Es que, frente a un solo momento de decisión del sujeto activo calificado (funcionario) en contra del bien jurídico tutelado (dejarse halagar por el particular), en verdad la multiplicidad en la aceptación de invitaciones y presentes significaría una persistencia en un único propósito

recíproco de defraudar la administración pública, que puede prolongarse en el tiempo (ablandar el funcionario y aceptar sucesivos estímulos) [...]

Cada una de las acciones distintamente disvaliosas, también dio lugar a su respectivo desvalor de resultado, pues en el delito de cohecho el funcionario se dejó incentivar por dádivas y puso así en entredicho la imparcialidad de la administración pública, en el injusto de cohecho, el sujeto activo sabía que tenía bajo su órbita funcional un asunto de interés para la persona que desplegaba halagos, a pesar de lo cual los aceptaba.

- En la sentencia del 24 de enero de 2001, con Magistrado Ponente Fernando E. Arboleda Ripoll, la Corte hizo precisiones en torno a la forma en que se configura el cohecho aparente, estableciendo las diferencias con las demás clases de cohecho, en tanto este no requiere la existencia de un acuerdo previo, en sus palabras,

[...]en el caso de los servidores oficiales, representan el beneficio patrimonial a cargo de la administración por los servicios a ella prestados, sin que haya lugar al recibo de más recompensa que el salario, la seguridad social y demás prestaciones sociales, o en algunos casos las costas, o tarifas cuyo cobro se autoriza por ciertos funcionarios como los notarios o registradores por los actos que realizan.

De ahí que el halago, la dádiva, la ofrenda, la oferta o entrega de dinero, o la utilidad, otorgados por el particular no en consideración a la persona del funcionario sino de su cargo, estén prohibidos penalmente, tanto para el particular que ofrece (art. 143 C.P.), como para el funcionario que recibe, pues es de entenderse, que así expresamente no se anuncie la intención que anima ofrecer de una parte y recibir de otra, de todas maneras, el interés oculto de una solución favorable a los intereses particulares, y la percepción pública del favoritismo, se mantienen, poniendo en tela de juicio la imparcialidad y transparencia con que debe actuar la administración en la definición de los asuntos a su cargo.

Puede verse en los citados fallos congruencia en el entendimiento que se le ha dado al delito de cohecho impropio en su modalidad de aparente, en estos se nota un marcado énfasis en relación con la trascendencia que debe dársele al bien jurídico que se busca proteger -el correcto funcionamiento de la administración pública- en tanto, es una forma de combatir la creciente corrupción en los servidores públicos, así mismo, para justificar su diferenciación con las demás modalidades de cohecho, puesto que esta no requiere de un acuerdo previo.

8. Toma de postura

A pesar de todas las críticas por la exclusión de la sanción penal para el cohecho subsiguiente por la posible impunidad en la que podría derivar, considero que en Colombia actualmente, a raíz de la normatividad vigente, de la intención del legislador plasmada en los debates previos a la promulgación de la ley y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no es posible sancionar penalmente a un servidor público por recibir una dádiva como presunta recompensa por un acto cumplido, puesto que del inciso segundo del artículo 406 se puede extraer que el interés que debe tener el particular debe ser actual o presente, es decir, excluye el supuesto de que haya tenido o esperado algún provecho, en el mismo sentido, el poder de incidir en el asunto sometido a conocimiento o control por parte del servidor público tiene que ser coetáneo al incentivo, por ello, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que este elemento de la coetaneidad es presupuesto indispensable para la configuración del tipo penal de cohecho aparente, y ante su ausencia no es posible predicar la responsabilidad de la persona, dado que no se estaría lesionando el bien jurídico del correcto funcionamiento de la administración de justicia cuando el obsequio se da luego de que el asunto haya sido decidido, a mi parecer se cierra la puerta a aquella tesis consistente en la posibilidad de someter a reproche penal la conducta del servidor que recibe una recompensa luego de haber efectuado un acto propio de su cargo. La aceptación de esta tesis nos llevaría al desconocimiento del principio de legalidad, de donde se deriva la exigencia de existir una ley previa que defina las conductas prohibidas penalmente, además de la obligación de realizar una lectura restrictiva de los tipos penales, sin la posibilidad para el intérprete de contemplar supuestos de hecho que no se encuentran expresamente tipificados.

10. Bibliografía

- Arrubla, Carlos Mario Molina. *Delitos contra la administración pública* . Medellín: Leyer, 2005.
- Cardoso, Fernando Navarro. «Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa.» *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2016: 1-40.
- Delgado, Esteban Mestre. *Delitos: la parte especial del derecho penal*. Dykinson, S.L., 2017.
- Gómez Méndez, A. & Gómez Pavajeau, C. (2004). *Delitos contra la Administración Pública de conformidad con el Código Penal de 2000*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Lombana, J. (2013). *La Tipificación del Tráfico de Influencias y del Cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*. (Tesis doctoral). Universidad de León, España.
- Moreno, A. (2014). *Evolución del delito de Cohecho y su aplicación por parte de los Tribunales*. (Tesis de maestría). Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.
- Puig, M. (2011). El delito de cohecho en la reforma del Código Penal. *Revista Iuris*, (157) febrero, 42-50.
- Salem, A. (2016). *El delito de Cohecho. Regalo y adecuación social tras la nueva ley de transparencia*. (Tesis doctoral). Universidad de Granada, Granada.
- Sánchez, Alberto Suárez. «El sujeto activo en los delitos contra la administración pública.» *Derecho penal y criminología*, 2000: 11-42.
- Vega, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. *En Justicia*,(29), 53-71.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (26 de abril de 1989) Sentencia N° 3306. [MP Gustavo Gómez Velásquez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (3 de diciembre de 1999) Sentencia N° 11136. [MP Jorge Aníbal Gómez Gallego]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (24 de enero de 2001) Sentencia N°13155. [MP Fernando E. Arboleda Ripoll]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (6 de mayo de 2009) Sentencia No 23924. [MP Jorge Luis Quintero Milanés]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (20 de noviembre de 2013) Sentencia N° 42429. [MP José Luis Barceló Camacho]